VAN OORT
VAN OORT &

MEMO

Aan	:	NVvR
Van	:	Van Oort & Van Oort
Betreft	:	Verslag rondetafelgesprek 'Dikastocratie?'
Datum	:	10 maart 2020

Aanleiding

- Op 9 maart 2020 van 11.15 tot 14.30 uur vond het rondetafelgesprek 'Dikastocratie?' plaats in de Tweede Kamer. Van Oort & Van Oort heeft het debat gevolgd en de relevante passages samengevat in een verslag.
- De Kamerleden Baudet (FvD), Bosma (PVV), Krol (50PLUS), Van Gent (VVD), Sneller (D66), Van der Graaf (CU), Van den Berge (GroenLinks), Van der Staaij (SGP) gingen in drie rondes met diverse experts in gesprek.
- De eerste ronde 'rechterlijke macht en adviescolleges' bestond uit mr. Geert Corstens, mr. Henk Naves, prof. mr. Frank van Ommeren, dhr. Syp Wynia en prof. dr. Tom Zwart. De tweede ronde 'internationale ontwikkelingen' bestond uit prof. dr. Oliver Lepsius, prof. Christoph Schönberger, dhr. John Laughland en prof. mr. dr. Barbara Oomen. De derde ronde 'wetenschap' bestond uit prof. dr. Paul Bovend'Eert, prof. dr. Andreas Kinneging, prof. mr. Jerfi Uzman en prof. dr. Jos Teunissen.

Kern

- Meerdere genodigden, zoals Corstens, Van Ommeren en Naves benadrukken dat de rechter besluiten neemt op basis van de voorgedragen feiten, geen politieke agenda heeft en terughoudend handelt. Zij benadrukken dat de rechter niet aan rechtsweigering mag doen en invulling moeten geven aan de ruimte die de wetgever bij 'vage normen' voor hen open laat.
- Meerdere genodigden, waaronder Oomen, Lepsius en Uzman benoemen dat in Nederland geen constitutionele toetsing bestaat waardoor burgers enkel kunnen terugvallen op internationale verdragen. Om het zwaartepunt naar nationaal niveau te krijgen, kan men constitutionele toetsing overwegen.
- Enkele genodigden, waaronder Zwart, Teunissen, Laughland, Wynia en Kinneging benoemen knelpunten: particulieren die in naam van het algemeen belang naar de rechter kunnen stappen, activistische uitspraken zoals bij de SGP-uitspraak van de Hoge Raad in 2010, te gemakkelijk ratificeren van internationale verdragen, vage normen door de wetgever en een duas politica, waarbij uitvoerende macht en rechtsprekende macht elkaar in evenwicht proberen te houden en de wetgever (lees: Tweede Kamer) eigenlijk geen macht heeft/neemt.
- Genodigden zoals Oomen en Naves benoemen dat het goed is dat het debat gevoerd wordt, maar dat het gebruik van de term 'dikastocratie' gevaarlijk is.

Blok 1: Rechterlijke macht en adviescollege

<u>Inbreng genodigden</u>

Corstens (jurist en voormalig president van de Hoge Raad):

- Corstens benadrukt dat een rechter feiten vaststelt. Dat is de objectieve basis voor de behandeling van elke zaak. Het kan zijn dat er een politiek element in komt, omdat de kwestie in politieke kringen ook behandeld wordt. Dat maakt de rechter nog niet politiek.

Naves (voorzitter van de Raad voor de Rechtspraak):

- Dikastocratie als uitgangspunt nemen van dit gesprek wekt de suggestie dat de rechtspraak de bovenliggende partij is. De rechtspraak is van de drie machten echter de minst sterke.

- Rechters toetsen de wetten die de Kamer heeft vastgesteld en verdragen die de Kamer heeft geratificeerd. Bovendien mag de rechter niet aan rechtsweigering doen. De rechter doet wel aan rechtsvorming. Rechters moeten invulling geven aan de ruimte die de politiek open laat.
- Naves is niet voor het verbieden van de toetsing aan mensenrechtenverdragen. Nederlandse rechters mogen namelijk geen rekening houden met de Grondwet, waardoor burgers enkel kunnen terugvallen op de internationale verdragen. Om het zwaartepunt naar nationaal niveau te krijgen, kan men constitutionele toetsing overwegen.

Van Ommeren (Raadslid Raad voor het Openbaar Bestuur ROB):
- Van Ommeren benoemt dat de ROB einde deze maand een rapport uitbrengt over het functioneren van de rechtsstaat.
- De rechter toetst overheidsbeleid terughoudend. ROB signaleert echter een verlies aan scherpte in de wetgeving door veelvuldig gebruik van open normen en kaderregels. Dan heeft de rechter minder aanknopingspunten en moet de rechter de norm invullen.
- Een belangrijke toets voor de rechter is of beleid wel consistent is.

Wynia (Journalist):
- Wynia meent Nederland geen rechtersstaat is, maar er wel elementen zijn die er op wijzen.
- Hij meent dat er een einde moet komen aan de mogelijkheid dat particulieren, verenigd in een stichting of vereniging, zoals Urgenda of Bureau Clara Wichmann, met een beroep op het algemeen belang naar de rechter kunnen stappen.

Zwart (Hoogleraar cross-cultureel recht):
- De assertieve rechter is eigent zich geen macht toe. Soms is de rechter juist assertief om de macht te herstellen, zoals in de uitspraak over het Cornelius Haga Lyceum. De rechter compenseert het gebrek aan toezicht van de Kamer op de regering door een meer indringende toetsing uit te voeren.
- De kritiek van Baudet is echter niet uit de lucht gegrepen. Er zijn activistische uitspraken gedaan, zoals de SGP-uitspraak door de Hoge Raad in 2010.
- Zwart vindt het goed dat de discussie gevoerd wordt, want deze signalen dragen er aan bij dat de rechterlijke macht ook terughoudend blijft.

Vraag en antwoord Kamerleden
Baudet (FvD):
- Baudet las in de position paper van de heer Corstens dat rechters interpretatieruimte hebben en keuzes door rechters mijlen ver af staan van politieke programma's. Hij vraagt of het denkbaar is dat er een andere uitspraak gedaan zou zijn in de Urgenda-zaak als er andere rechters (met een andere politieke kleur) waren geweest.
- **Corstens** antwoordt ontkennend.
- **Baudet** vraagt Corstens te reflecteren op de uitspraak van strafrechter Hermans (in het programma *Kijken in de ziel*, 2015) dat PVV'ers eigenlijk geen rechter kunnen zijn en dat 90% van de rechters GroenLinks, D66 en PvdA stemt.
- **Corstens** stelt afstand te nemen van de uitlatingen van de heer Hermans. Rechters hebben geen politiek programma. Het ligt echter wel voor de hand, aldus Corstens, dat rechters die politiek neutraal dienen te zijn, met hun stemgedrag eerder in het midden van het politieke spectrum uitkomen.

Bosma (PVV):
- Bosma vraagt hierop door en stelt dat GroenLinks en D66 niet het politieke midden zijn. Hij meent dat Corstens niet kan volhouden dat rechters geen politiek programma hebben.

- **Corstens** ontkent stellig. Rechters hebben persoonlijke opvattingen, maar in de rechtszaal komen zij tot besluiten op basis van de feiten.
- **Bosma** meent dat er wel een politiek programma is en noemt dat de Hoge Raad de climate principles heeft omarmt. Ook is er sprake van selectiviteit als Geert Wilders wel wordt vervolgd vanwege zijn 'minder-Marokkanen uitspraak', maar Alexander Pechtold niet voor zijn uitspraken over Russen.
- **Corstens** benadrukt dat het besluit om iemand te vervolgen bij het OM ligt.

Krol (50PLUS):

- Krol wil weten of het zou helpen om internationale verdragen op te zeggen.
- **Wynia** antwoordt dat deze mogelijkheid serieus overwogen moet worden. Onverbindende verdragen worden via een andere route toch bindend in Nederland. Men moet hier meer terughoudend in zijn en bijvoorbeeld hogere parlementaire drempels inrichten voor het accorderen van Europese verdragen.

Van Gent (VVD):

- Van Gent meent dat de bal snel wordt teruggekaatst naar de wetgevende macht. Alhoewel de Kamer ook kritisch naar zichzelf moet kijken, vindt hij deze reactie te makkelijk. Europese verdragen laten zich niet makkelijk wijzigen en het is, mede door politieke keuzes, niet altijd mogelijk consistent beleid te voeren.
- **Van Ommeren** stelt dat beleid wel gewijzigd kan worden, maar dat het om de juiste redenen moet gebeuren. Daarnaast kan het parlement de minister kritischer controleren. Het is vooral belangrijk dat de wetgever 'scherpe' regels maakt.

Van der Staaij (SGP):

- Van der Staaij vraagt zich af of de wetgever nog wel handelingsruimte heeft met alle internationale verdragen. Hij refereert hierbij met name naar de levenslange gevangenisstraf waarvan de Europese rechter heeft gezegd dat die eigenlijk niet kan.
- **Naves** antwoordt dat de wetgever zichzelf committeert aan de internationale verdragen. Dat is dan ook de handelingsruimte. Nederland kan nu niet aan de Grondwet toetsen. Met toetsing aan de Grondwet kan het een meer Nederlandse discussie worden.

Van den Berge (GroenLinks):

- Van den Berge vraagt hoe de machten idealiter met elkaar samenwerken in de trias politica.
- **Naves** antwoordt dat de rechter de normen invult waar de wetgever ruimte laat. Als de wetgever een andere kant op wil, dan is het aan de wetgever om nader invulling te geven. Hij roept op tot intensievere samenwerking tussen de machten.
- **Van den Berge** wil weten hoe Naves de ontwikkelingen in Polen en Hongarije ziet en op welke signalen de wetgever moet letten.
- **Naves** meent dat als we niet in 'Poolse toestanden' willen vervallen, hij van de wetgever een tegengeluid verwacht dat als het thema 'dikastocratie' op tafel komt.

Sneller (D66):

- Naves benoemt in zijn inbreng de rechtspraak de 'minst sterke' macht van de drie. Wat moet er institutioneel gebeuren voor een betere balans?
- **Naves** antwoordt dat de rechtspraak financieel gebonden is aan de andere twee machten. Een eigen begroting is een oplossing.

Van der Graaf (CU):

- Van der Graaf wil weten hoe de ROB tegen constitutionele toetsing aankijkt.

VAN OORT & VAN OORT

- **Ommeren** stelt dat Nederland een van de weinige landen is waar wetten niet getoetst worden aan de grondwet. De Grondwet biedt iets meer dan het EVRM. Toch zou constitutionele toetsing betrekkelijk weinig veranderen. Er zijn een beperkt aantal delen van de Grondwet die niet in internationale verdragen terugkomen.

Blok 2: Internationale ontwikkelingen
Een deel van dit blok heeft in het Engels plaatsgevonden. Deze stukken zijn vertaald.
Inbreng genodigden:
Lepsius (German professor of jurisprudence):

- In de federalist papers[1] wordt de rechterlijk macht als de minst gevaarlijke macht gezien. In deze houding is niet veel veranderd sinds deze tijd, aldus Lepsius. Soms hebben rechtbanken wel een belang in de zaak. Dat gaat echter niet over de inhoud van een zaak, maar heeft te maken met de concurrentie tussen rechtbanken.

Schönberger (German professor of constitutional law):

- In westerse democratieën is de macht van de rechter gegroeid. Dat komt door constitutionele toetsing – met Nederland als uitzondering - en het groeiende belang van internationale jurisprudentie. De vraag is welke instituties je hiermee vertrouwt en wie de controle uitvoert.

Laughland (British lecturer and academic author):

- Laughland heeft het liever niet over de scheiding der machten, omdat de machten niet zonder elkaar kunnen. Het gevaar van een dikastocratie komt als de wetgever te brede principes geeft, waardoor de rechter deze gaat interpreteren.

Oomen (Dutch professor in sociology of human rights):

- Oomen benadrukt dat in Nederland geen sprake is van dikastocratie of rechterlijk activisme. Oomen ziet het als probleem dat er geen constitutionele toetsing is in Nederland en woorden zoals dikastocratie worden gebruikt in het debat.

Vraag en antwoord Kamerleden
Baudet (FvD):

- Door de introductie van toetsing aan internationale verdragen kunnen rechters algemene principes in lijn met hun persoonlijke voorkeuren gebruiken om beslissingen te nemen over toekomstige zaken. Hij wil weten wat Lepsius hiervan vindt.
- Lepsius begrijp niet waarom Baudet bang is voor besluiten van de rechter. In sommige zaken zal de uitspraak van een rechter meer activistisch zijn en in andere minder. Er is hierin geen algemene trend te zien.
- Baudet meent dat het kwalijk is als sommige uitspraken meer activistisch zijn, omdat hiermee een precedent geschapen wordt.
- Lepsius meent dat een precedent altijd refereert naar een specifieke casus. Of er een precedent geschapen wordt, hangt af van de interpretatie van een nieuwe specifieke casus.

Bosma (PVV):

- Bosma vraagt Laughland naar het rapport van het European Centre for Law and Justice over NGOs and the Judges of the ECHR 2009 – 2019.
- **Laughland** vertelt dat in het rapport staat dat in een groot aantal zaken van het Europese Hof rechters zich hadden moeten terugtrekken uit een zaak, omdat bij de zaak hun voormalig werkgevers van NGO's betrokken waren. Dit gaat om veel gevallen van fraude. Bovendien

[1] Dit is een verzameling geschriften die in de 18e eeuw warden gepubliceerd met als doel de ratificatie van de Amerikaanse Grondwet te promoten.

hoeven rechters geen rekening te houden met de intenties van de auteurs van het EVRM. Dit betekent dat zij alle ruimte hebben om zelf politiek te bedrijven, aldus Laughland.

Krol (50PLUS):

- Krol vraagt hoe de vraag om meer specifieke wetten en de groei van het aantal internationale verdragen zich tot elkaar verhoudt.
- **Oomen** stelt dat in het EVRM veel grondrechten staan die niet opgenomen zijn in de Grondwet. Burgers hebben in dit geval enkel het EVRM als hun grondrechten niet gerespecteerd worden.

Van Gent (VVD):

- Van Gent wil weten of een constitutioneel hof de kans van strategische rechtszaken niet vergroot.
- **Schönberger** stelt dat dit afhangt van het soort constitutionele hof en de gekozen procedures. Je kunt er bijvoorbeeld voor kiezen geen zaken van individuen toe te laten.

Van der Staaij (SGP):

- Van der Staaij wil weten of er een grotere nadruk op de nationale factor komt bij de introductie van constitutionele toetsing.
- **Schönberger** meent dat Nederland lastig te vergelijken is met Duitsland. In Duitsland bestond al een sterke traditie van nationale constitutionele toetsing voordat de internationale verdragen doorvoering kregen, wat het vaak ingewikkeld maakt. In Nederland is er al een sterke relatie tussen het Europese en Nederlandse recht.

Van den Berge (GroenLinks):

- Van den Berge vraagt wat de signalen zijn dat het in Nederland dezelfde kant op gaat als in Polen en Hongarije.
- **Oomen** meent dat de vraag ‘dikastocratie?’ erg leidend is. De inperking van rechters in deze landen ontstond bij dit soort debatten. Zij waarschuwt ervoor dat wat begint met een debat kan eindigen met concrete maatregelen om de onafhankelijkheid van de rechters te beperken.

Sneller (D66):

- Sneller wil weten wat de aanbevelingen zijn van de heer Lepsius.
- **Lepsius** meent dat Nederland te veel afhankelijk is van internationaal recht. Constitutionele toetsing en de ontwikkeling van mensenrechten kan de positie van Nederland versterken.

Van der Graaf (CU):

- Van der Graaf wil weten of de Nederlandse rechtsstaat versterkt kan worden door constitutionele toetsing.
- **Oomen** stelt dat een constitutioneel hof kan bijdragen aan een sterkere Nederlandse constitutionele traditie.

Blok 3: Wetenschap
<u>Inbreng genodigden:</u>
Bovend’eert (Hoogleraar staatsrecht):

- Zo lang de rechter zijn oordeel in geschillen kan baseren op duidelijke normen uit wetten of verdragen, is er weinig aan de hand. Rechters krijgen echter vaak te maken met vage normen, waardoor het oordeel politiek wordt. Volgens Bovend’eert is het Urgenda-arrest hier een voorbeeld van.

- Bovend'eert benoemt wel dat dit een uitzondering is. Rechters zijn over het algemeen heel terughoudend.

Kinneging (Hoogleraar rechtsfilosofie):
- In de jaren '80 en '90 is de macht van de rechterlijke macht toegenomen. Als Kinneging dit toetst langs de criteria van democratie en trias politica meent hij dat dit geen goede ontwikkelingen zijn. Er zijn geen checks op de rechter.

Uzman (Hoogleraar staatsrecht):
- De rol van de rechter is toegenomen. Dat is een internationale trend. De Nederlandse rechter blijft echter zeer behoudend. De groeiende rol is niet los te zien van de veranderende samenleving waarin burgers vragen om meer rechterlijke toetsing.

Teunissen (Hoogleraar algemene staatleer):
- In artikel 3:305a van het Burgerlijk Wetboek is geen onderscheid gemaakt tussen algemene belangen en collectieve belangen. Dat betekent dat Urgenda (een collectief belang) kan procederen namens alle bewoners van Nederland (algemeen belang) zonder dat zij daarmee ingestemd hebben.

<u>**Vraag en antwoord Kamerleden**</u>

Baudet (FvD):
- Baudet wil weten wat Kinneging ervan vindt dat een groot deel van de rechterlijke macht GroenLinks, PvdA of D66 stemt.
- **Kinneging** meent daar geen uitspraken over te kunnen doen. Als de rol van de rechter bekeken wordt, moet men deze beoordelen langs de trias politica en democratie.
- **Baudet** wil weten of de rol van de rechter te groot is.
- **Kinneging** meent dat er geen begrenzing van de macht van de rechter is, doordat zij voor het leven benoemd zijn.

Bosma (PVV):
- Bosma wil weten wat Teunissen bedoeld met: "Art. 3:305a BW verleent algemeen belangorganisaties – en daarmee salonpopulisten - een wettelijk (procedeer)privilege."
- **Teunissen** stelt dat 'gewone' burgers niet kunnen procederen, maar algemene belangorganisaties wel. De staat subsidieert bovendien het Bureau Clara Wichmann.

Krol (50Plus)
- Krol vraagt of het parlement er bovenop moet zitten om te zorgen dat rechters terughoudend blijven.
- **Boven'eerd** antwoordt dat, hoewel Nederlandse rechters terughoudend zijn, het goed is om te blijven benoemen.

Van Gent (VVD):
- Constitutionele toetsing wordt genoemd om het zwaartepunt meer naar het nationale niveau te krijgen, maar het kan ook zorgen dat de rol van de rechters toeneemt.
- **Uzman** geeft aan dat het Nederlandse parlement meer gewicht kan krijgen in relatie tot het hof in Straatsburg door op basis van eigen strafrecht afwegingen te maken. Het gaat niet om meer zaken, maar eerder wat de rechter gebruikt om een zaak te beslechten.
- **Van Gent** vraagt of het zin heeft, omdat internationale verdragen voorgaan op nationale verdragen.

- **Uzman** meent dat de kwestie rond mensenrechten vaak niet zo duidelijk is. Met een constitutionele toetsing aan de Grondwet kan de rechter zelf betekenis geven aan een grondrecht.

Van der Staaij (SGP):
- Van der Staaij wil weten wat de wetgever kan doen als men onvrede ervaart over de uitleg van grondrechten door het Europese Hof. Hij noemt hierbij het voorbeeld van de keuze om levenslang niet levenslang te laten zijn.
- Boven'eerd geeft aan dat de mogelijkheden beperkt zijn.

Van den Berge (GroenLinks):
- Van den Berge wil weten of constitutionele toetsing belegd moet worden bij bestaande lagen van de rechtspraak.
- **Uzman** antwoordt dat bestaande rechters in staat zijn deze taak uit te voeren. Hij adviseert de toetsing niet te beperken tot specifieke grondrechten.

Sneller (D66):
- Sneller vraagt zich af of niet alle drie de machten een meer prominente rol hebben geclaimd. De wetgever kan altijd een nieuwe wet aannemen.
- **Kinneging** reageert dat deze wet weer geïnterpreteerd wordt door de rechter. Kinneging stelt dat de toename van macht van de rechter vooral een reactie is op de opgeblazen regeringsmacht. Het parlement is het grootste probleem geworden door fractiediscipline en het regeerakkoord.

Van der Graaf (CU):
- Van der Graaf wil weten of er een onbalans is tussen de machten.
- **Kinneging** meent dat het een continue gesprek is. Er is echter nu meer sprake van een duas politica dan een trias politica.